

Licenciement d'un travailleur en incapacité de travail : une discrimination fondée sur le handicap ? Quelques propos suite à l'arrêt de la Cour de Justice du 1^{er} décembre 2016 (C-395/15, Daouidi)

La Cour de justice a rendu un nouvel arrêt sur la notion de handicap, dans une espèce où le caractère discriminatoire du licenciement d'un travailleur en incapacité de travail se posait. C'est l'occasion pour la Cour de préciser le critère de 'durabilité', élément de la notion de handicap et, pour nous, de revenir brièvement sur la notion de handicap au sens de la réglementation luttant contre la discrimination, sur les mécanismes de protection ainsi que leurs applications pratiques.

En guise d'introduction, rappelons que la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination interdit toute forme de discrimination fondée sur les critères énumérés, parmi lesquels le « handicap » et l'état de santé actuel et futur¹. Le critère du handicap figure également dans la Directive 2000/78/CE. La loi du 10 mai 2007, en tant qu'instrument de transposition du droit européen, doit donc, pour ce critère, être interprétée conformément au droit européen et dans la perspective de lui donner une pleine effectivité. La Cour de justice a rendu, sur ce critère du handicap et son dispositif protecteur, plusieurs arrêts² dont il sera question ci-après.

Après avoir circonscrit la notion de handicap telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour de justice (I), nous réserverons quelques développements au dispositif protecteur (II.A) et à l'intérêt de mobiliser la notion de handicap dans les relations de travail (II.B).

I. La notion de handicap et l'apport de l'arrêt du 1^{er} décembre 2016

La notion de handicap n'est pas définie par la loi du 10 mai 2007³. En tout état de cause, le droit belge est impuissant à imposer sa définition du handicap. La notion de handicap est en effet considérée par la Cour de Justice de l'Union européenne comme une notion autonome relevant du droit européen⁴.

Au travers de sa jurisprudence, la Cour de justice a opté pour une définition évolutive et large de la notion, sous l'angle fonctionnel⁵. La définition retenue par la Cour de justice depuis l'arrêt RING est la

¹ Les discriminations sont soit « directes » soit « indirectes ». En synthèse, l'interdiction porte sur l'application à une personne d'un traitement désavantageux (discrimination *directe*) ou sur le fait de placer une personne dans une situation désavantageuse (discrimination *indirecte*), dès lors que le traitement ou la situation est fondé sur un critère protégé et n'est pas légalement justifié.

² Il s'agit, outre celui du 1^{er} décembre 2016, des arrêts suivants :

1. C.J.U.E., 11 juil. 2006, n°C-13/05, CHACON NAVAS (ci-après CHACON NAVAS).
2. C.J.U.E., 17 juil. 2008, n°C-303/06, COLEMAN.
3. C.J.U.E., 11 avril 2013, n°C-335/11, HR Danemark (ci-après RING).
4. C.J.U.E., 18 mars 2014, n°C-363/12, Z. (ci-après Z.).
5. C.J.U.E., 18 nov. 2014, n°C-354/13, FOA/KL (publié in *J.T.T.*, 2015, p. 113) (ci-après FOA).
6. C.J.U.E., 1^{er} déc. 2016, n°C-395/15, DAOUIDI.

³ Dans son arrêt du 9 janvier 2013, la Cour du travail de Bruxelles signale qu'aucune définition du handicap n'a été reprise dans les lois de 2003 et de 2007 et que seuls les travaux préparatoires de la première évoquent cette question. De ceux-ci, il faut constater que « ... *l'abandon de cette proposition de définition, lors des travaux préparatoires à la loi de 2003, a été motivé par une nette volonté de ne pas limiter la notion de handicap* » (C. trav. Brux., 9 janv. 2013, R.G. 2011/AB/668, www.terralaboris.be).

⁴ Voy. notamment l'arrêt CHACON NAVAS (points 41 et 42) et C. trav. Brux., 9 janv. 2013, R.G. 2011/AB/668, précité.

⁵ Voy. les conclusions de l'Avocat Général M. Yves BOT avant l'arrêt du 1^{er} décembre 2016, points 40 et 44.

suivante : « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs ».

Des différents arrêts de la Cour de justice rendus avant celui du 1^{er} décembre 2016, l'on pouvait retenir que :

- La limitation à la pleine et effective participation de la personne à la vie professionnelle doit être de longue durée⁶. C'est d'ailleurs l'existence d'une limitation découlant de l'état de santé de longue durée et entravant la participation à la vie professionnelle qui distingue la notion de handicap de la maladie en tant que telle⁷.
- Les causes des atteintes et limitations sont indifférentes⁸. La doctrine le précisait déjà à la suite de l'arrêt CHACON NAVAS : « Le handicap peut ainsi être de nature congénitale, être la conséquence d'un accident ou d'une maladie, voire uniquement la conséquence du vieillissement de la personne dès lors que la diminution qu'il entraîne est probablement de longue durée »⁹.
- La notion ne requiert pas que les atteintes et limitations présentent un caractère définitif¹⁰.
- Les limitations constitutives du handicap ne doivent pas nécessairement être importantes ou substantielles.

La Cour a précisé, dans son arrêt RING, que « La circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à ce que l'état de santé de cette personne relève de la notion de «handicap». Contrairement à ce que font valoir DAB et Pro Display, un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle » (point 43) et « À cet égard, il y a lieu de considérer que la notion de «handicap», telle qu'elle résulte du point 38 du présent arrêt, doit être entendue comme visant une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle et non, ainsi que le font valoir DAB et Pro Display, comme une impossibilité d'exercer une telle activité. L'état de santé d'une personne handicapée apte à travailler, serait-ce à temps partiel, est donc susceptible de relever de la notion de «handicap». Une interprétation telle que celle proposée par DAB et Pro Display serait d'ailleurs incompatible avec l'objectif de la directive 2000/78 qui vise notamment à ce qu'une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l'exercer » (point 44). Elle confirme ainsi la doctrine rendue avant cet arrêt,

⁶ Arrêt FOA, précité, point 59.

⁷ Voy. les arrêts précités CHACON NAVAS (point 45), RING (point 31 : « la Cour n'a exclu du champ d'application de la directive que la «maladie en tant que telle ») et Z. (point 80 – l'absence d'utérus n'est pas considérée comme un handicap en raison précisément d'absence de limitation entravant la vie professionnelle).

⁸ Voy. l'arrêt RING précité (point 40 : « Il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie. En effet, il irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive, qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap ») ainsi que l'arrêt FOA précité.

⁹ J.-Fr. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination : un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel ? », in *Le maintien des travailleurs devenus partiellement inaptes*, Anthémis, 2013, p. 54 ; Voir encore sur ce point les conclusions de l'Avocat général précédant l'arrêt RING : « Peu importe, aux fins de la définition du handicap, que cette atteinte ait pour origine une maladie; la seule question décisive est de savoir si la limitation est de longue durée » (point 46).

¹⁰ Arrêt RING, où la Cour retient que la limitation à la pleine et effective participation de la personne concernée peut découler d'une « maladie curable ou incurable », admettant ainsi le caractère potentiellement temporaire du handicap.

qui relevait déjà qu'« *il ne semble pas requis que le handicap atteigne un certain seuil* »¹¹. La Cour de Justice confirme cette interprétation dans ses arrêts ultérieurs : la simple gêne suffit : « ... *la notion de «handicap», au sens de la directive 2000/78, doit être entendue comme visant non pas uniquement une impossibilité d'exercer une activité professionnelle mais également une gêne à l'exercice d'une telle activité. Une autre interprétation serait incompatible avec l'objectif de cette directive qui vise notamment à ce qu'une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l'exercer* »¹².

Le critère dégagé par la Cour est de savoir s'il y a entrave à la *pleine* et effective participation à la vie professionnelle. Ce critère est donc rencontré, par exemple, en cas de mobilité réduite ou si la pathologie empêche l'accomplissement normal du travail, même au titre d'une gêne¹³.

Dans son arrêt du 1^{er} décembre 2016, la Cour de Justice est amenée à préciser le critère portant sur le caractère « durable » des atteintes et limitations. Le cas d'espèce concerne un accident du travail, entraînant une incapacité de travail, suivi (53 jours après) d'un licenciement dont le motif (réel) est l'incapacité de travail. La question à laquelle la Cour répond porte sur la notion de handicap : lorsqu'une personne se trouve en situation d'incapacité temporaire de travail, au sens du droit national, pour une durée indéterminée et en raison d'un accident du travail, cette situation d'incapacité de travail implique-elle, en soi, que la limitation de la capacité de la personne soit qualifiée de « durable » ?

Tout d'abord, la Cour confirme qu'un état physique réversible entraînant une incapacité à exercer l'activité professionnelle peut rencontrer la notion de handicap si la limitation de la capacité est durable. Quant à ce qu'il faut entendre par « limitation durable de la capacité de la personne », la Cour pose le principe que cette notion, à l'instar de celle (plus large) de handicap, doit faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme, sans cependant donner une définition de cette notion.

Ensuite, elle fournit les indications générales suivantes quant au cadre d'examen par le Juge national : i) le fait que le travailleur relève d'un régime juridique (national) d'incapacité temporaire n'exclut pas que la limitation de la capacité soit durable ; ii) le caractère durable de la limitation doit être examiné au regard de l'état d'incapacité tel que présenté par la personne à la date à laquelle l'acte allégué comme discriminatoire a été posé et, iii) l'entrave à la vie professionnelle doit être de *longue durée*.

Enfin, la Cour donne deux indices permettant de guider l'appréciation eu égard à la situation factuelle examinée (situation d'incapacité de travail). Ces indices sont présentés comme alternatifs. Ils s'ancrent dans l'aspect médical, sur le plan de la durée probable de la déficience et de son impact sur

¹¹J.-Fr. NEVEN, précité, p. 54. L'Avocat général dans ses conclusions précédant l'arrêt RING précise, sur la gravité du handicap, que « *Le libellé de la directive 2000/78 ne contient aucun élément qui permettrait de limiter son champ d'application à un certain degré de gravité du handicap* » (point 35).

¹² Arrêt Z., point 77 et arrêt FOA, point 54.

¹³ Arrêt FOA précité, point 60. Rappelons que cet arrêt concerne un état d'obésité. La Cour rappelle que, en tant que tel, l'obésité n'est pas un critère protégé. « *En revanche, dans l'hypothèse où, dans des circonstances données, l'état d'obésité du travailleur concerné entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, un tel état relève de la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78 (voir, en ce sens, arrêt HK Danmark, EU:C:2013:222, point 41)* » (point 59). La Cour ajoute (point 60) : « *Tel serait le cas, notamment, si l'obésité du travailleur fait obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs du fait d'une mobilité réduite ou de la survenance, chez cette personne, de pathologies qui l'empêchent d'accomplir son travail ou qui entraînent une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle* ».

l'accomplissement du travail convenu. Constitue un indice du caractère durable de la limitation le fait qu'à la date de l'acte litigieux, l'incapacité de la personne ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme. Le second indice possible est le suivant : l'incapacité de travail est-elle susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de la personne ? La Cour précise encore que le juge doit se fonder sur les éléments objectifs dont il dispose, et, en particulier, sur les documents et certificats médicaux relatifs à l'état du travailleur, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles.

Qu'en penser ?

La Cour de justice confirme indiscutablement que le handicap peut exister même si l'état de santé est susceptible d'évolution. Le cas d'espèce concernait une luxation du coude, soit un état de santé qualifié par la Cour de réversible.

Ensuite, la Cour de justice voit (logiquement) dans l'incapacité de travail une limitation au sens de la notion de « handicap ». Il s'agit d'une limitation de la capacité d'exercer l'activité professionnelle, qui constitue ainsi un obstacle à la pleine et effective participation du travailleur à la vie professionnelle dans les mêmes conditions que les autres travailleurs. Il importe peu que cette incapacité relève du régime (national) d'incapacité temporaire. Ce qui compte – au-delà de la qualification juridique liée au mécanisme d'indemnisation – c'est le caractère durable au sens du droit européen.

Dans la situation d'une incapacité de travail, la Cour invite le Juge national, dans son appréciation de ce caractère durable, à s'appuyer sur le pronostic médical au moment de l'acte litigieux. L'Avocat Général a souligné, à juste titre, que le délai entre l'accident du travail (début de l'atteinte à la santé et de la limitation qu'elle engendre) et l'acte allégué comme discriminatoire (le licenciement) n'est pas déterminant. La limitation pourrait en effet être durable et l'acte posé pour cette raison. Pour l'Avocat Général, le caractère durable de la limitation est à apprécier eu égard à l'évolution normale de l'atteinte à la santé : va-t-elle persister au-delà du temps moyen nécessaire au rétablissement et pour une longue durée ? Les indices retenus par la Cour sont indiscutablement plus larges et sans référence à la 'normalité'. Ils portent sur les perspectives d'achèvement à court terme de l'incapacité (existe-t-il une perspective bien délimitée de fin de l'incapacité à court terme) ou de prolongation significative avant le rétablissement.

II. Handicap, et alors ? De l'intérêt d'être porteur d'un handicap au sens de la réglementation

A. Rappel concernant le mécanisme protecteur : le critère du handicap bénéficie d'un sort particulier

Le dispositif de protection contre les discriminations fondées sur le handicap présente certaines particularités, détaillées ci-après. Rappelons que s'appliquent à ces discriminations les mécanismes « communs » : action en cessation, nullité, partage de la charge de la preuve et indemnisation forfaitaire.

Les particularités propres au critère du handicap peuvent être résumées comme suit :

1. Le critère mobilise tout d'abord une notion qui lui est propre, celle des « *aménagements raisonnables* ». Il en découle des obligations spécifiques pour l'employeur.

L'article 5 de la Directive 2000/78/CE prévoit une obligation pour l'employeur de prendre des mesures appropriées afin de permettre à une personne handicapée d'exercer et de progresser

dans son emploi, sauf si cela implique une charge disproportionnée¹⁴. La directive impose ainsi, dans le cadre de la lutte contre la discrimination, l'obligation pour l'employeur de mettre en place des « aménagements raisonnables », c'est-à-dire des mesures appropriées pour permettre à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser.

Le 20^{ème} considérant de la Directive¹⁵ « *procède à une énumération non exhaustive de telles mesures, ces dernières pouvant être d'ordre physique, organisationnel et/ou éducatif* »¹⁶. La notion d'aménagements raisonnables doit être entendue comme visant l'élimination des barrières qui entravent la pleine et effective participation des travailleurs handicapés à la vie professionnelle¹⁷. Aussi, la réduction du temps de travail peut constituer une mesure d'aménagement dès lors qu'elle permet au travailleur de continuer à exercer son emploi¹⁸. Il en résulte que l'aménagement peut être diversifié et qu'il doit être adapté à la situation concrète de la personne handicapée.

Néanmoins, « *les aménagements auxquels les personnes handicapées peuvent prétendre doivent être raisonnables, en ce sens qu'ils ne doivent pas constituer une charge disproportionnée pour l'employeur* » et « *(il) convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'une telle mesure implique, de la taille de l'entreprise et des ressources financières de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide* »¹⁹. Les éléments invoqués au titre de la charge disproportionnée doivent être prouvés *in concreto*²⁰. Des simples hypothèses ne suffisent pas.

2. La loi belge du 10 mai 2007 institue une forme spécifique de discrimination, fondée sur le refus des aménagements raisonnables. L'article 14 érige en effet en discrimination le « *refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée* ». Cette situation de discrimination est rencontrée dès lors qu'un travailleur handicapé formule une demande d'aménagement et que l'employeur ne prouve pas que la mise en place de l'aménagement constitue une charge disproportionnée.

Comme le souligne la doctrine²¹, « *la forme de cette demande importe peu* » : « *Elle peut émaner du travailleur, de son organisation syndicale ou du conseiller en prévention-médecin du travail* ». Le cadre réglementaire en matière de promotion du bien-être et plus spécifiquement les

¹⁴ La disposition est libellée comme suit : « *Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées* ». La définition donnée par la loi du 10 mai 2007 des aménagements raisonnables rejoint la notion européenne.

¹⁵ « *Il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire, des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement* ».

¹⁶ Arrêt RING, point 49.

¹⁷ Arrêt RING, point 54.

¹⁸ Arrêt RING, point 56.

¹⁹ Arrêt RING, point 58.

²⁰ J-Fr. NEVEN, précité, p. 46.

²¹ J-Fr. NEVEN, précité, p. 56.

dispositions en matière de surveillance médicale²² permettent cependant de conclure que la demande d'aménagements raisonnables devrait impliquer l'intervention du conseiller en prévention-médecin du travail dans le cadre de l'un des examens de prévention²³. Cette thèse est admise en jurisprudence, qui souligne que l'examen des aménagements raisonnables doit s'inscrire dans le cadre des mesures préconisées par l'arrêté royal du 28 mai 2003²⁴.

3. Enfin, sur le plan des causes de justification des distinctions directes et indirectes, le critère connaît également un sort particulier. Rappelons que les justifications énoncées, qui s'interprètent comme une exception au principe d'égalité de traitement, sont d'interprétation stricte²⁵.

En l'espèce, les causes de justification sont spécifiques. La justification d'une distinction *directe* fondée sur le handicap suppose la démonstration d'une *exigence professionnelle essentielle et déterminante*²⁶. La justification d'une distinction *indirecte* fondée sur le handicap suppose que soit démontré qu'aucun *aménagement raisonnable* ne peut être mis en place²⁷.

²² Celle-ci vise la « promotion et le maintien de la santé des travailleurs » (art. 3, A.R. du 28 mai 2003) et relève de la « protection de la santé du travailleur au travail » visée par l'article 4, § 1er, alinéa 2, 2° de la loi du 4 août 1996. La réglementation confie au conseiller en prévention-médecin du travail la mission de « promouvoir les possibilités d'emploi pour tout un chacun, notamment en proposant à l'employeur des méthodes de travail adaptées, des aménagements du poste de travail et la recherche d'un travail adapté, et ce également pour les travailleurs dont l'aptitude au travail est limitée » (art. 6, A.R. du 28 mai 2003). En conséquence, l'article 34 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs impose à cet acteur de prévention (le seul qui a accès aux données médicales) de proposer d'initiative à l'employeur « toutes les mesures appropriées de protection ou de prévention individuelles et collectives », parmi lesquelles « une proposition d'aménagement ou d'adaptation du poste de travail ou de l'activité et/ou des méthodes de travail et/ou des conditions de travail » ou encore « la mutation temporaire du travailleur de son poste de travail ou de son activité exercée ». Les mesures concernant le travailleur (mesures individuelles) sont adoptées dans le cadre des examens d'évaluation de la santé et au moyen du formulaire d'évaluation prévu par l'arrêté. Les dispositions spécifiques régissant ces examens imposent encore l'examen des aménagements.

²³ Voy. en ce sens, L. CAPPELLINI, « Les obligations de l'employeur en matière de reclassement professionnel », in *Justice et dommage corporel*, Larcier, 2011, p. 36. C'est également le propos de M. DAVAGLE, qui précise que la demande doit être introduite via une consultation auprès du conseiller en prévention-médecin du travail (M. DAVAGLE, *L'incapacité de travail de droit commun constatée par le médecin traitant ou par le médecin du travail et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur*, Kluwer, 2013, p. 242). Voy. également la brochure du SPF Emploi « Clés pour ... les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail » - page 29).

²⁴ Voy. C. trav. Brux., 18 déc. 2012, R.G. 2011/AB/1089, disponible sur le site internet d'UNIA (www.unia.be). Dans cet arrêt, la Cour confirme encore que la décision du conseiller en prévention-médecin du travail exprime les aménagements raisonnables.

²⁵ Voy. C.J.U.E., 13 sept. 2011, C-447/09, PRIGGE, point 27.

²⁶ L'article 8 de la loi du 10 mai 2007 dispose ainsi que :
« § 1^{er}. Une distinction directe fondée sur(...) un handicap (...) peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

§ 2. Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque :

- une caractéristique déterminée, liée à (...) un handicap est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et;
- l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

§ 3. Il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante »

²⁷ Article 9 : « Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte, (...) - à moins que, en cas de distinction indirecte sur base d'un handicap, il soit démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place ».

Vu le caractère essentiel de l'obligation de procéder aux aménagements raisonnables, « *la justification d'une mesure fondée, de manière directe ou indirecte, sur le handicap de la personne ne peut être appréciée que 'compte tenu de l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables. Ainsi, lorsqu'il y a lieu d'apprécier la justification d'une mesure défavorable à la personne handicapée, il faut tenir compte de la situation telle qu'elle se serait présentée si l'employeur avait respecté son obligation de mettre en place des aménagements raisonnables : il ne faut donc pas se demander si la personne handicapée pouvait, comme telle, être recrutée, promue ou maintenue dans son emploi, mais si, en présence des aménagements légalement requis, la mesure considérée aurait été prise et aurait pu satisfaire aux justifications requises par la directive, en fonction du type de discrimination* »²⁸.

B. Quelques réflexions sur les applications pratiques

Le dispositif protecteur permet tout d'abord à la personne présentant un handicap au sens précité de *solliciter des aménagements raisonnables*. Dans les relations de travail, cet outil lui permet de solliciter des adaptations des conditions de travail, voire un poste adapté.

Certaines incertitudes persistent dans la mise en œuvre de ce droit, sur le plan pratique mais également juridique.

D'une part, sur le plan pratique, la demande est une composante essentielle dans la mise en œuvre de ce droit. On l'a vu, cette demande n'est soumise à aucune condition de forme. Concrètement cependant, dans un souci d'efficacité, il conviendrait que soient précisés les aménagements sollicités. Pour ce faire, l'avis du secteur thérapeutique sur la nécessité d'un travail adapté peut être utilement transcrit par le conseiller en prévention-médecin du travail. Celui-ci est censé connaître l'entreprise et ses risques ainsi que les postes de travail. Il est donc le mieux placé pour proposer les aménagements. Dans la réalité, tel n'est cependant que rarement le cas. Dans cette hypothèse, l'existence de précisions sur les restrictions médicales émanant du secteur thérapeutique apparaît essentielle. Néanmoins, la saisine du conseiller en prévention-médecin du travail ne peut être négligée, vu la portée conférée par la jurisprudence et la doctrine à son évaluation. Cependant, le travailleur doit être dans les conditions prévues par l'arrêté royal du 28 mai 2003 pour obtenir un examen de la santé (qui lui permet d'accéder au conseiller en prévention-médecin du travail). Depuis la modification par l'arrêté royal du 24 avril 2014, il n'est pas certain que la consultation spontanée soit encore accessible à tous comme c'était le cas auparavant²⁹. En outre, se pose maintenant la question de l'intérêt (et de la nécessité ?) de recourir au nouveau dispositif intégré par l'arrêté royal du 28 octobre 2016, le « trajet de réintégration d'un travailleur qui ne peut plus exercer le travail convenu temporairement ou définitivement » (cf. la section 6/1 de l'arrêté royal du 28 mai 2003).

D'autre part, sur le plan juridique, se pose la question de l'étendue et de la portée des aménagements. S'imposent-ils s'ils portent sur un autre travail que celui convenu et que l'employeur s'oppose à l'envisager ? Sur ce point, on doit déplorer un manque d'articulation entre le droit du travail classique (centré sur la notion de « travail convenu ») et le droit de la discrimination, ceci lorsque les aménagements conduisent à modifier substantiellement la fonction convenue. Ces incertitudes conduisent à une perte d'efficacité de l'outil.

²⁸ J-Fr. NEVEN, précité, p. 49.

²⁹ Selon le libellé du nouveau texte, la demande concerne des plaintes liées à la santé que le travailleur ou que le médecin traitant estime être en relation avec le travail. Ce cas de figure pourrait ne pas être systématiquement rencontré.

Sur le plan des différences de traitement et du concept de discrimination, l'arrêt de la Cour de Justice du 1^{er} décembre 2016 est l'occasion de revenir sur le caractère éventuellement discriminatoire d'un licenciement fondé sur l'incapacité de travail. C'est en effet pour répondre à cette question que la juridiction espagnole a posé la question préjudicielle.

Précisons les données de cette espèce :

- Le travailleur, occupé comme aide-cuisinier dans un restaurant au sein d'un hôtel, est victime d'un accident du travail le 3 octobre 2014 (glissant sur le sol de la cuisine, il subit une luxation du coude gauche et un plâtre est posé). Il est alors mis en incapacité de travail, selon le régime espagnol de l'incapacité temporaire. Le 26 novembre 2014, il est licencié, pour un motif affirmé d'ordre disciplinaire (ne répond pas aux attentes de l'entreprise et n'atteint pas le rendement adéquat).
- Le travailleur introduit une procédure afin que son licenciement soit, conformément au droit espagnol, déclaré nul. La nullité s'appuie notamment sur le caractère discriminatoire de celui-ci. La discrimination invoquée repose sur le motif réel du licenciement : l'incapacité temporaire résultant de son accident, dont il prétend qu'elle relève de la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78. La juridiction espagnole constate que le motif réel du licenciement n'est pas le motif disciplinaire invoqué au moment du licenciement mais l'incapacité de travail à durée indéterminée résultant de l'accident du travail dont l'intéressé a été victime. Elle relève qu'en application de la jurisprudence, le licenciement fondé sur ce motif (maladie ou situation d'incapacité résultant d'un accident du travail) n'est pas discriminatoire (et donc nul) au sens de la réglementation nationale.
- Par contre, elle se pose la question de la compatibilité du licenciement avec le droit de l'Union européenne, notamment en ce qu'il pourrait y avoir une discrimination fondée sur le handicap au sens de la Directive 2000/78/CE³⁰.

Dans le raisonnement de la Cour, l'incapacité de travail est une des composantes du handicap (constituant les limitations qui entravent la participation à la vie professionnelle). Il ne fait donc pas de doute qu'un licenciement fondé sur l'incapacité de travail est fondé sur le handicap. Reste encore à déterminer s'il y a *effectivement* handicap, ou, en d'autres termes, si le critère de 'durabilité' est rencontré. Cette étape, délicate, s'apprécie sur la base de *perspectives médicales*.

La première étape est donc la notion de handicap elle-même. Si elle est rencontrée dans le cas d'espèce, le licenciement pourra être considéré comme un traitement défavorable fondé sur un critère protégé. En application du mécanisme de partage de la charge de la preuve, la discrimination directe devra être retenue si les causes de justification ne sont pas démontrées à suffisance de droit.

*
* *

³⁰ Les circonstances suivantes sont précisées : i) l'intéressé souffre d'une limitation manifeste en raison de la lésion au coude gauche, ii) à la date de l'audience, 6 mois après l'accident du travail, le coude gauche est toujours plâtré, iii) l'employeur a lui-même considéré que l'incapacité de travail était trop longue, entraînant la reconnaissance du caractère « de longue durée » de la limitation et, enfin iv) la décision de licenciement entrave la pleine et effective participation du travailleur à la vie professionnelle.